

驳“体育法近代产生说”

赵毅^{1,2}

(1. 贵州师范大学历史与政治学院, 贵州 贵阳 550001; 2. 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 通过文献分析法、历史分析法、逻辑分析法驳斥了当前体育法学界有关体育法产生的主流观点,即“体育法近代产生说”,指出该说存在的依据是“古代体育法令粗鄙说”。但是对古代罗马法原始文献的发掘证明事实并非如此。体育法并不等同于体育法典,体育法在古代社会就已客观存在,公元前一世纪之前是其萌芽时期,之后便随着罗马法的成熟而步入成熟。“体育法近代产生说”并不成立,“古代体育法令粗鄙说”也最多只能用于描述萌芽阶段的体育法。

关键词: 体育法; 罗马法; 体育史

中图分类号: G80-05

文献标志码: A

文章编号: 1001-9154(2013)07-0006-05

Criticism on "the Theory of Modern Origin of Sports Law"

ZHAO Yi^{1,2}

(Guizhou Normal University, Guiyang Guizhou 550001; 2. Xiamen University, Xiamen Fujian 361005)

Abstract: Through literature, historical and logical analyses, the paper refutes the current mainstream view about the origin of sports law, which is the theory that sports law originates in modern times. The paper points out that the theory stems from the vulgar nature of ancient sports law, but excavation of the ancient Roman laws has proved that it is not the case. Sports law is different from sports code in that sports law had objectively existed in ancient society. It first emerged before the 1st century BC and gradually became mature with the Roman law. So the theory about the origin of sports law does not hold water, while the vulgar nature of the ancient sports law is merely the description of the sports law in its emerging period.

Key words: sports law; Roman law; sports

CLC number: G80-05

Document code: A

Article ID: 1001-9154(2013)07-0006-05

1 对“体育法近代产生说”的困惑

对于体育以及研究体育的科学来说,如果没有自身的历史作为根基与基础,必然是没有希望和未来的^[1]。体育法学在某种程度上也同样呈现这一状态。纵览我国体育法学界对体育法产生的认识,主要表现为以下几种形式,笔者读之,发现诸多困惑。

第一,将“体育法的产生”等同于“近代体育法规之产生”。如在韩勇博士的《体育法的理论与实践》一书中,作者在论述“世界体育法学是怎样发展起来的”主题时,第一句话就以“近代体育法规是随着近代体育的形成和近代民族国家的出现而产生的”开头^[2]。让人疑惑除了“近代体育法规”之外,是否还存在着古代体育法规?两者有何区别?体育法的历史为何只能

从近代体育法规产生时开始书写?类似的还有汤卫东编著的教材,在“外国体育法简介”一节(该书在注释中说明该节全部引自姜仁萍、刘菊昌1994年于黑龙江人民出版社出版的《体育法学》一书,可以推断后两者也持如此观点。)直接以“近代一些国家的体育法”为题展开论述^[3]。一些法学研究者也持如此认识,如作为“民商法系列丛书·以案说法”之一的《体育法案例评析》一书在“前言”中开宗明义地说道“体育法是随着体育运动的发展而逐步兴起的一个法律领域。近代体育立法最早可溯及至18世纪初,当时欧洲的一些国家开始制定有关学校体育的立法。……从20世纪70年代开始,国际法领域的体育立法也开始出现。……”^[4]这也说明,无论从国内法还是国际法的视角,作者都不认为古代存在着体育法。

作者简介: 赵毅(1979-),男,江苏江阴人,讲师,博士研究生,研究方向:体育法,罗马法。

收稿日期: 2013-02-25

第二,承认古代有“体育法令”,但未用“体育法”称之。郭树理对近代体育法规产生的表述^[5]与上引韩勇书完全相同,两人的观点实际上是对张厚福、罗嘉司主编教材^[6]的重复,(该章由罗嘉司、高鸿艳执笔,但也很难断定他们就是该观点的最初提出人。事实上,考察体育法学的教材与专著,类似的重重复见不鲜,且基本上都没有引注。这只能让人认为,这些表述已经成为了体育法学界的“通说”。)只是后者在表述中去掉了“近代”两字。在后者看来,体育法规是近代产生的,但同时,他们又承认在古代存在着体育法令,这不免造成逻辑不通,只能推断,论者使用的“体育法规”一词并不包括古代的体育法令。郭树理专著的该部分从结构、论点材料几乎都沿袭了后者的表述,只是如同韩勇一样,在“体育法规”前增加了“近代”一词,即一方面认为近代体育法规是近代才产生的,另一方面又承认古代有体育法令,这虽然避免了逻辑问题,但亦不免使人疑惑,“近代”体育法规如果不是在“近代”产生,难道会是在古代产生吗?

第三,承认古代有“体育法”,但“体育法规”是近代才产生的。董小龙、郭春玲主编的教材在体育法规的产生上,表述与张厚福、罗嘉司教材完全相同,但前者又引入了“人类早期的体育法”的话语系统^[7]。这更让人疑惑,既然体育法于人类早期就存在了,为何体育法规要到近代才产生呢?

第四,承认古代有“体育法”,但对古今“体育法”含义持不同理解。阎旭峰主编的著作分“古代社会的习惯与规则”、“阶级社会中早期的体育法”、“近代意义的体育法”、“现代意义的体育法”四个部分论述了体育法的历史沿革。尽管所有论据与前述教材几乎相同,尽管也认为古代存在的是体育法令,但在明确承认古代法典“包含了有关调整体育关系的体育法条文”的意义上,比上述张厚福、罗嘉司和郭树理的认识都有进步。但该书同时又认为,“近代意义的体育法是随着近代体育的形成和近代民主制度国家的出现而产生的。”^[8]这种说法仍然也很别扭。(该书在注释中说明,该说法来自石刚、吴礼文、谢茂详、柯贤山、谭华1987年的《体育法学概论》一书,出版社信息不详。)王建中主编的教材则是第一个明确宣称体育法产生于古代的作品,理由是古代已经出现了“零散的体育法令”,但同时该书也无法挣脱旧说之束缚,加入了“近代体育法规于近代产生”之表述^[9],不免给人画蛇添足之感。可以说,这些观点应该都是受到了我国体育史专家谭华先生的影响,在承认存在着早期体育法的

同时,谭先生又认为“17世纪以后,在欧洲近代资产阶级民族国家形成的同时,随着近代体育的形成和发展,近代意义上的体育法也产生了。”^[10]这说明谭先生认为古今体育法含义不尽相同。受谭先生影响的还有袁古洁教授,她认为古代存在着“体育法”的萌芽,包括了体育的国内立法和雏形中的国际法^[11],这正好与前述第一种观点形成了对比。

第五,直接回避体育法的历史问题。著名体育法学者张厚福先生的专著^[12]和最近出版的一本研究生教学用书^[13]都进行了这样的处理,另外,在笔者搜索范围之内,除谭华先生和袁古洁教授的论文外,再无论文谈及该问题,更不用说专题性的研究了。

综上所述,虽然谭华先生从未否认过古代存在着“体育法”,但体育法学界的主流观点是“体育法近代产生说”,尽管已经有学者开始意识到该说存在的问题,也尝试着在话语系统上进行修正,但仍然无法从根本上摆脱该说的强大影响。

2 “体育法近代产生说”的依据

“体育法近代产生说”的流行,原因是对古代西方体育法史研究的严重缺乏。或者说,无论在体育法学界,还是在体育史学界,抑或法制史学界,几乎没有人从事该项研究。在通读完以上所有教材对该部分的介绍——如果该教材有这个部分——以后,笔者发现,这些学者们对古代西方体育法令表现形式的认识也令人惊异地几乎完全相同。简言之,这些学者的论据几乎全部取自谭华先生的《近代各国体育立法的三次高潮》一文,而谭先生该文重心在于论述近代体育法史,对古代体育法史着墨并不多。

谭先生认为,早期的体育法既有包含在综合性法典中的有关体育的规定,也有单独就某些涉及体育的问题而发布的大批行政命令。前者如古巴比伦的《汉穆拉比法典》(公元前18世纪)、古代雅典的《梭伦法典》(公元前594年)等,这些法典大都继承自上古的习惯法,诸法合体。由于体育在古代社会生活中并不具有独立的意义,统治阶级也并不关心普通民众特别是被压迫阶级的体育问题,因而古代体育法令具有这样一些特点:缺乏对于体育的性质、意义和地位等的全面而明确的规定;法令只是对涉及国家利益(主要是军事和社会秩序)的那部分体育活动才作出规定,并不涉及全部的体育活动内容^[10]。由此可见,谭先生对古代西方体育法的论据主要是建立在《汉穆拉比法典》和《梭伦法典》的基础上。而他得出的观点有二:

其一,古代体育法不全面;其二,统治阶级不关心民众体育生活,只关心与国家利益(尤其是军事利益)有关的部分。

后来的体育法学者几乎完全沿用了谭先生的考察思路。在论据上,几乎没有任何创新。只有阎旭峰的著作对《汉谟拉比法典》与《梭伦法典》的内容作了稍许拓展,介绍道“《汉谟拉比法典》第26-34条规定了‘里都’和‘巴依鲁’(重装兵和轻装兵),‘德库’或‘卢布图’(军官)的权利和义务,其中都包含了军事技能、技术学习的内容。《梭伦法典》包含有规定轻骑兵的资格、公民的竞技和训练、各类竞技的管理和体育竞赛优胜者的奖励等内容的条文。”^[8]根据该书注释,这一介绍取自1982年北京大学出版社的《外国法制史资料选编》(上)一书,但该书既非一手资料,也早已随着国内法制史学的发展而丧失了学术影响。

在观点上,体育法学者们在谭华先生的基础上做了进一步的深化和发挥。比如前已述及的张厚福、罗嘉司的教材,在古代史部分甚至去掉了“体育法”的称谓,只承认有“体育法令”。而对这些古代体育法令的评价,则更显不屑“早期的体育法令大多是在出于军事或伦理需要而颁布的政令之中,显得零散而不系统。……在阶级社会中,体育活动已经失去了原始体育的全民性质,成了部分社会成员的一种特权,早期的体育法令就是为了保护这种秩序服务的。”^[6]还可以看出,作者这种体育法史观的形成是受到了其古代法史观的影响“早期成文法均属诸法合体,在法律条文方面缺乏严密的逻辑和系统性。”^[6]类似的看法在体育法学界不乏其人,有学者直接断言“古代体育立法活动缺乏系统性,立法技术也比较简陋。”^[14]可见,在谭先生暨有结论的基础上,体育法学者们深化了对古代体育法令的评价,即:第一,零散和不系统(其中隐藏的逻辑是没有任何一个“体育法”的法典,因为学者们似乎一直在强调并遗憾于古代法的诸法合体性质);第二,缺乏逻辑和立法技术简陋;第三,只是部分人的特权。一语以贯之,即“古代体育法令粗鄙说”。这种观点甚至原封不动地传递给了青年学者,比如我国青年体育法专家郭树理博士在著作中就完全沿袭了张厚福、罗嘉司教材中的这种观点^[5]。

由此,已经可以很清楚地探析到“体育法近代产生说”的依据与根源,一是受制于有限的原始文献,二是受到“古代体育法令粗鄙说”的严重影响。如果在这两方面提出反证,当能驳倒“体育法近代产生说”。

3 驳“体育法近代产生说”的证据

笔者对罗马法研究发现,体育法学者们对古代法的考察视野短少了这一“商品生产者社会第一个世界性的法律”^[15]。笔者在罗马法中发现的体育法条文如下:

首先,在东罗马帝国皇帝优士丁尼于公元529年颁布并于公元534年修订的《法典》第10卷中,立法者专门单列“关于运动员”一题,规定了运动员的免税身份“根据惯例,免除以下运动员应承担的税赋:在一生参加过的神圣赛会中已证明获得不少于三次桂冠的运动员(其中一次必须于罗马或希腊地区获得),以及从未被对手击败过的运动员,以及从未被对手夺走桂冠的运动员。”^[16]

其次,在优士丁尼皇帝于公元533年颁布的《学说汇纂》中,也有大量关于运动员法律地位和运动伤害责任的条文,按章节顺序兹列如下(D是优士丁尼的Digesta《学说汇纂》)的缩写,后面的数字分别代表引语所属的卷、题、段、款,“pr.”表示头段(principium):

D.3 2 4pr.。乌尔比安《告示评注》第6卷。萨宾和卡修斯认为:运动员与演员职业完全不同,因为他们以展示其躯体力量为目的。且总体来看,似乎所有人都同意:在剧场演出的音乐家、运动员、驾驭战车者、洗马人以及所有为国家管理的比赛工作之人皆不发生社会唾弃^[17]。

D.9 2 7 4。乌尔比安《告示评注》第18卷。如果在厮打、角力或拳击中,一人将他人杀死,而这事发生于公开的竞赛里,则不适用《阿奎流斯法》,因为这种损害乃由于声誉和勇敢而被导致,并不是不法实施。但这不得适用于奴隶,因为只有生来自由的人才进行公开竞赛;但如果参加竞赛的受伤者是家长则可适用。不过如果某人伤害了退阵者,则可以适用阿奎流斯法诉讼;这同样适用于某人不是在竞赛中将一个奴隶杀死,除非这是其主人的怂恿——这时阿奎流斯法诉讼不予提出^[17]。

D.9 2 9 4。乌尔比安《告示评注》第18卷。然而如果人们在投掷标枪时扎死一奴隶,即得适用《阿奎流斯法》。不过,如果几个人在练习场上投标枪时这个奴隶由此经过,则不适用《阿奎流斯法》,因为他不应这时从标枪投掷者的练习场走过。当然如果有人故意地向他投掷标枪,那么该投掷人则理所当然地要依《阿奎流斯法》负责^[18]。

D.9 2, 11pr.。乌尔比安《告示评注》第18卷。梅拉同样进一步阐述道:如果众人打球,其中一人使劲地把球掷在一个理发师的手上,而后者恰巧正给一个奴隶剃须,结果该奴隶的喉咙被用着的剃刀割开,在此情况下,有过错的人要依《阿奎流斯法》负责。普罗库鲁斯认为,过错在理发师方面。实际上正是这样,当理发师剃须的地方是通常游戏或交通频繁的地点时,即可视其为过错。但是,某人信赖理发师,而后的椅子置放于一危险地点,那他只有自我抱怨,这也不能说没道理^[18]。

D.9 2, 52 4。阿尔芬努斯《学说汇纂》第2卷。数人玩球,其中一人在接球时将一奴隶学徒推开,该学徒摔倒折了腿,有人问,这个学徒的主人是否可以依《阿奎流斯法》对推倒其学徒的人提起诉讼。我回答说,他不可以,因为看上去更多地是由于偶然而不是过错才发生了这事儿^[18]。

D.27, 1, 6, 13。乌尔比安《论监护裁判官的职责》单卷本。运动员有权免于监护,条件是在神圣赛会上获得桂冠^[17]。

《学说汇纂》是法学理论的汇编,由一系列摘自古典法学时期(从公元前1世纪末开始,到公元3世纪末戴克里先皇帝登基)^[19]罗马主要法学家著作的片段汇集而成,优士丁尼皇帝赋予了这些法学论断以法律效力。虽然为了使这些古典法学家的文风适应于优士丁尼时代,编纂者对片段有变通权,即进行了一定的增补或替换,这被称为“添加”^[20],但我们至少可以得出这样的结论:在古罗马的君主制时期,已经有了成熟的对体育活动的法律规则,这些法律条款既有对运动员特别法律地位的赋予,也处理在体育运动中发生的伤害责任问题。这些条文几乎都与国家或者军事管控无关;也非为部分人的特权,而是适用于全体罗马市民;就系统性而言,虽然按当代的标准来看,的确存在不全面和零散的问题,但也足以满足当时社会的需要;罗马法也的确是诸法合体的法,并不存在专门的体育法典,但法学界也从来没有因为罗马法中不存在一个叫“民法”、“刑法”的法典而否认其事实上的存在;至于批评古代体育法令缺乏逻辑和立法技术简陋的观点,我希望用剑桥大学教授 David Ibbetson 在考察了上述 D.9, 2 7 4、D.9 2 9 4、D.9 2, 11pr. 和 D.9 2 52 4 后所作的评论来回应“现代过失侵权之要素及欧洲大陆法系的相应制度能够毫无错误地追溯至罗马法,并且因此追溯到法学家们关于运动事故的讨论。甚至英国法也从古代世界的这些馈赠中受益,……这四个文本,

皆来自《学说汇纂》,无论从法律本身还是罗马法学家在其中所运用的法律方法,他们都投射出夺目的光芒。”^[21]这样考察下来,“古代体育法令粗鄙说”并不成立,因为罗马法中的体育法部分一点也不粗鄙和原始。这样一来,“体育法近代产生说”将在新的证据前不攻自破。

4 驳“体育法近代产生说”的理论分析

笔者认为,考察体育法的历史问题,首先要把握体育法的语境,即“什么是体育法”的问题。如果把体育法仅等同于体育法典,那古代社会当然不可能有体育法。现代社会分工的精细化产生了民法典、刑法典、诉讼法典甚至体育法典,但并不意味着在诸法合体的古代,没有民法、刑法、诉讼法和体育法。即使在现代,英美法系同样排斥法典编纂,但如果就因此认为英美法系没有合同法、侵权法、刑法和体育法,那显然也是荒谬的。我国学者对美国体育法所作的研究也证明,美国并不存在一个独立的体育法部门,但这一点也不妨碍在“美国体育法”名义下已经取得的卓有成效的研究^[22]。我国有学者认为,体育法是调节与体育相关的人与人之间行为关系的法律,其内容主要包括体育国家法、体育固有法和体育国际法这三个方面^[13],这既符合对法律的一般性认识,也照顾了体育法的特殊性,是可取的。

从这一体育法的概念和内容出发,古代显然存在着体育法,且其中既包括了体育国家法,也包括体育固有法和体育国际法。对于体育国家法而言,前述对罗马体育法条文的介绍已经雄辩地展示了其存在。就体育国际法而言,袁古洁教授已经证明,最早溯源于公元前884年古希腊的伊利斯城邦与斯巴达城邦之间签订的《神圣休战条约》就是体育国际法的雏形^[11]。体育固有法指体育运动赖以存在的、其本身固有的法,如体育规则、体育价值观等^[13]。这同样很容易证明,因为奥运会就发端于古希腊,即使古希腊人未将其中的比赛规则以及相应的体育精神和价值观称谓为体育法,但体育固有法在事实上的存在是一个不容否认的历史事实。由此看来,体育法是自古就存在的。当然,古今体育法的问题域并不相同,这也很好理解,因为古今社会、经济、文化都是不尽相同的,但这仍然不妨碍我们采用同样的语词表征之。

当然,体育法自古存在或者古代存在着体育法的观点并不意味着体育法在古代社会各个时期的表现形式和成熟度都相同。正如巴里·尼古拉斯所言“在

几乎所有其他智力创造的领域,罗马人曾是希腊人虔诚的学生,但在法律方面他们却是老师。在他们手里,法律第一次完全变成了科学的主题,他们从作为法律原材料的细碎规则中提炼出原则并精心构建成一个体系。”^[23]对古代体育法的认识也应如此。以对运动员奖励的规定为例,《梭伦法典》就采用了较为原始的个别性调整方式“地峡运动会的优胜者得到100德拉克马的赏金,奥林匹克运动会的冠军可以获得500德拉克马。”^[24]而在罗马法中,如前述《法典》和D.27.1.6.13所示,已经完全是一般性和抽象性的调整方式了,且采用了大量法言法语,与市民法体系融为一体。这反映了体育法在罗马君主制时期已经成熟。故而,笔者认为:体育法在古代社会就客观存在,公元前1世纪之前是其萌芽时期,之后便随着罗马法的成熟而步入成熟。“体育法近代产生说”并不成立,“古代体育法令粗鄙说”也最多只能用于描述萌芽阶段的体育法。笔者还揣测,学者们在论述古代体育法史时漏掉对罗马法的介绍,并不是因为他们不知有罗马法,而是考虑了“古代体育法令粗鄙说”在直面高度发达的罗马法时可能面临的逻辑断裂。

需要说明的是,本文并不意在否定我国体育法学者做出的成绩和贡献,并非常感念学者们已有的拓荒性的努力,也正是在这个意义上,本文之出现才有了可能。对体育法的认识,笔者想到了一句西谚“一千个人眼中有一千个哈姆雷特。”对古代世界的体育法,我想也是如此。重视历史理应得到赞誉,因为我们是从历史中来,为了理解现在是什么,我们必须知道曾经是什么^[25]。是故本文之目的仅欲抛砖引玉。

参 考 文 献

- [1]郝勤.体育科学的发展与体育史学的复兴[J].成都体育学院学报,2008(7):1-3.
- [2]韩勇.体育法的理论与实践[M].北京:北京体育大学出版社,2009:10.
- [3]汤卫东.体育法学[M].南京:南京师范大学出版社,2000:43.
- [4]苏号朋,赵双艳.体育法案例评析[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2010.
- [5]郭树理.体育纠纷的多元化救济机制探讨——比较法与国际法的视野[M].北京:法律出版社,2004:34.
- [6]张厚福,罗嘉司.体育法学概要[M].北京:人民体育出版社,1998:20.
- [7]董小龙,郭春玲.体育法学[M].北京:法律出版社,2006:32.
- [8]阎旭峰.体育法学与法理基础[M].北京:北京体育大学出版社,2007:146,145.
- [9]王建中.体育法学[M].北京:北京师范大学出版社,2010:4.
- [10]谭华.近代各国体育立法的三次高潮[J].体育文史,1988(4):66-68.
- [11]袁古洁.论国际体育法的渊源[J].体育学刊,2011(6):16-21.
- [12]张厚福.体育法理[M].北京:人民体育出版社,2001.
- [13]周爱光.体育法学导论[M].北京:高等教育出版社,2012:140-41,59-71.
- [14]洪焕珍.体育法的基本原则研究[J].山东社会科学,2010(12):160-162.
- [15]马克思恩格斯全集:第21卷[M].北京:人民出版社,1972:454.
- [16]The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo, Vol. XV [M]. S. P. Scott ed and tr. Cincinnati: The General Trust Company, 1932: 151.
- [17]The Digest of Justinian, Vol. I [M]. Alan Watson ed. Rev. edn. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998: 83, 279, 787.
- [18]学说汇纂(第九卷):私犯、准私犯与不法行为之诉[M].米健,李均译.北京:中国政法大学出版社,2012:25,27,89.
- [19]黄风.罗马法[M].北京:中国人民大学出版社,2009:3-4.
- [20][意]彼德罗·彭梵得.罗马法教科书[M].黄风译.北京:中国政法大学出版社,2005:2.
- [21]David Ibbeston. Athletics in Ancient Law [J]. Legal Information Management, 2012 (12): 98.
- [22]吕予锋.中美体育法学研究现状比较及对体育法学学科建设的探讨[J].天津体育学院学报,2006(3):262-271.
- [23][英]巴里·尼古拉斯.罗马法概论[M].北京:法律出版社,2004:3.
- [24][古希腊]普鲁塔克.希腊罗马名人传:1[M].席代岳译.长春:吉林出版集团有限责任公司,2011:170.
- [25]Oliver Wendell Holmes. The Common Law [M]. Boston: Little, Brown and Company, 1923: 1.